

POSSE NO ATUAL CÓDIGO CIVIL: ALGUNS REDIMENSIONAMENTOS NECESSÁRIOS AO POLÍTICO DO DIREITO

Janine Stiehler Martins*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Considerações preliminares sobre as principais teorias da posse. 2.1 Teoria subjetiva de Savigny. 2.2 Teoria objetiva de Ihering. 3 O confronto entre posse e propriedade em ações possessórias. 4 O papel do político do Direito no contexto dos interditos possessórios. 4.1 Anotações sobre os fundamentos da Política Jurídica e seu papel harmonizador na construção da norma jurídica concreta. 4.2 A função social da posse e a contribuição do político do Direito. 5 Considerações finais. 6 Bibliografia.

RESUMO

O confronto, em ações possessórias, dos institutos da posse e da propriedade foi atenuado pela modificação legislativa do Código Civil de 2002 que impediu a invocação de título de domínio em tais ações, consagrando-se a separação absoluta entre os juízos possessório e petitório. O presente estudo sustenta a necessidade de igualar hierarquicamente ambos os institutos, propondo-se ao político do direito, como fundamento de legitimidade da decisão judicial, o resgate da validade material da norma, ou seja, a adequação aos valores de Justiça, Ética, Legitimidade e Utilidade. A supremacia da posse ou a desvalia da

* Juíza de Direito titular da comarca de Navegantes/SC. Mestranda em Direito pela Univali – Itajaí/SC. E-mail: js10551@tj.sc.gov.br

propriedade, em ação possessória, ultrapassa a questão do justo título, e deve advir da correlação entre o princípio da função social da propriedade e o reconhecimento da sua coexistência com o princípio da função social da posse, com vistas a conceber uma solução compatível com o que é socialmente desejado e necessário à sociedade em cada caso concreto.

Expressões-chave: Posse e pureza das ações possessórias. Função social da posse. Contribuição do político do Direito.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo intenta apresentar, inicialmente, a compreensão sobre a natureza da posse e a sua proteção no atual Código Civil, por meio da delimitada diferença entre as teorias subjetiva e objetiva da posse, usualmente citadas mas não compreendidas em sua essência pelos aplicadores do Direito. Por isso, analisar-se-á, em seguida, o que levou o legislador, no art. 1.210, § 2º, do mesmo diploma, a impedir a discussão sobre propriedade em ações possessórias, e o natural confronto entre posse e propriedade em tais ações.

Mais à frente, serão apresentados alguns aspectos dos fundamentos da Política Jurídica e seu papel harmonizador diante da criação judicial do Direito, ou seja, da norma jurídica concreta, mais especificadamente, nas ações possessórias.

Por derradeiro, analisar-se-á o reconhecimento da existência da função social da posse e da possível contribuição do político do Direito para a equiparação de hierarquia entre posse e propriedade, com a relegação de divergências e discussões procedimentais para segundo plano e com a consagração, no processo judicial, daquele instituto — posse ou propriedade — que melhor cumprir sua função social.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE AS PRINCIPAIS TEORIAS DA POSSE

2.1 Teoria subjetiva de Savigny

Para Savigny¹, autor da teoria subjetivista da posse, esta nasce como uma situação de fato que, ao ser protegida pelo Direito, acaba por se transfor-

1 O autor escreveu a obra "Tratado da Posse" no ano de 1803, com apenas 24 anos de idade, segundo GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 19. ed., revisada, atualizada e aumentada segundo Luiz Edson Fachin.

mar em um direito. Segundo esta teoria é necessário, para a caracterização da posse, o elemento objetivo (*corpus*), isto é, a apreensão física direta da coisa, dentro da esfera de seu poder; e também o elemento subjetivo (*animus domini*), ou seja, vontade de ter a coisa como sua.

A teoria subjetiva distingue, assim, a mera detenção da efetiva posse, por considerar a primeira como mera existência do elemento objetivo. O fundamento da proteção possessória encontra-se no princípio geral de que todos devem ter a proteção do Estado contra qualquer ato de violência. Assim, Savigny entende ser a posse um poder de dispor fisicamente da coisa, com o ânimo de considerá-la sua e defendê-la contra a intervenção alheia. A ausência de um dos elementos citados – *corpus* ou *animus domini*, acarreta a inexistência de posse, respectivamente, pela ausência de relação de fato entre a pessoa e a coisa, ou pela caracterização de mera detenção sobre a coisa.

Em síntese, a posse é direito e fato: considerada em si mesma, é um fato; considerada nos efeitos que gera, é um direito.

2.2 Teoria objetiva de Ihering

A teoria objetivista da posse, de autoria de Ihering (2002), caracteriza-se por entender que o elemento objetivo da posse, citado por Savigny, é suficiente para comprovar a existência de posse. O autor vai além ainda ao explicar que a presença desse elemento objetivo pode ser detectado, com as escusas pelo propositado pleonasma, de maneira objetiva, pois, segundo ele, a posse é a exteriorização da propriedade, sua parte visível. O possuidor age em nome da coisa como se fosse o proprietário. Ao vislumbrar a posse, presume-se a propriedade.

A intenção de ter a coisa como sua (*animus*), nos termos do elemento subjetivo de Savigny, é despcienda, segundo Ihering, para a comprovação da posse, a qual passa a existir quando esta preenche sua finalidade econômica, de acordo com a ordem natural das coisas. Isto significa que, para o autor, não há a necessidade do poder de fato sobre a coisa para a ocorrência do elemento objetivo, apresentando um elemento diferenciador sobre o próprio conceito de *corpus* trazido por Savigny. Como exemplo da existência da posse, para Ihering, pode-se citar a colheita deixada no campo por um produtor: embora não a tenha fisicamente, a conserva em sua posse pois age como o proprietário ordinariamente o faz. Contrariamente, v. g., se o produtor deixa

uma jóia no mesmo local, não mais conserva a posse sobre ela, pois não é assim que um proprietário deve agir em relação a um bem desta natureza.

Ihering explica que o *animus* está subentendido no comportamento do possuidor, pois se age como dono, é porque quer ser dono, quer dizer, o *animus* já se encontra no conceito de *corpus*, sendo este explicado com o propósito de servir-se da coisa como proprietário, em vista de sua função econômica. Acrescenta ainda Ihering (2002, p. 55-61) que:

O corpus, segundo a teoria dominante, é o poder físico, com a supremacia de fato sobre a coisa. Esta é a noção fundamental de acordo com a teoria atual. Ela é absolutamente errônea, como se pode ver da minha obra já citada sobre o Fundamento da Proteção Possessória [...] Reconhece-se pois a posse exteriormente. Os terceiros podem saber se a relação possessória é normal ou anormal [...] A teoria reinante não nos presta auxílio algum; limita-se a dizer se o possuidor continua possuindo, mas não nos diz como os terceiros podem e devem reconhecer se ele possui ou não.

Na presente teoria, o Direito protege a posse não por ela em si, mas pela propriedade que a posse faz supor – protege a posse para proteger os direitos do proprietário. Em suma, a posse é a condição de fato da utilização econômica da propriedade, é um meio de defesa da propriedade e é uma rota que leva à propriedade. O direito de possuir faz parte do conteúdo do direito de propriedade.

O Código Civil atual, assim como já o fazia o de 1916, adotou predominantemente a teoria objetiva de Ihering, apesar de ter-se inspirado na teoria de Savigny. Consoante redação do seu art. 1.196, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

3 O CONFRONTO ENTRE POSSE E PROPRIEDADE EM AÇÕES POSSESSÓRIAS

A posse, para o legislador brasileiro, é o exercício de alguns dos poderes peculiares à propriedade – a exteriorização da propriedade. É um poder de fato que alguém detém sobre algo com o exercício do direito de usar (faculdade de utilizar a coisa para obter as finalidades a que ela se destina), gozar (colher os frutos da coisa), dispor (possibilidade de dar o destino que melhor lhe aprouver a coisa) e reaver a coisa de quem a possuir sem razão jurídica.

Nesse sentido, muita discrepância ocorre na lide forense sobre o conceito de possuidor em ações possessórias, principalmente nas relativas a bens imóveis. Exige-se, para o autor da ação que postula proteção possessória, estivesse ou esteja na posse fática efetiva do imóvel anteriormente ao esbulho ou concomitantemente à turbacção? O que é poder de fato sobre a coisa? Mais precisamente, qual o conceito de possuidor em ações possessórias?

Incontáveis decisões judiciais extinguem ações possessórias, liminarmente, pela falta de comprovação de posse de fato por parte do autor da demanda. Entretanto, certamente tal divergência surge pela separação absoluta entre os conceitos de posse e de propriedade, reservando-se as ações possessórias somente para aqueles que pretendem discutir posse, sem nenhuma apresentação de título de propriedade para confronto com a parte contrária. Tal questão é comumente conhecida pela chamada pureza dos interditos possessórios, ou seja, a impossibilidade de invocação de propriedade, amparada ou não por justo título, por uma ou ambas as partes na maioria das ações possessórias.

Tal questão causa grande divergência no seio jurisdicional e, de conseguinte, conflitos e discrepâncias nas decisões judiciais. Sabe-se que a posse é, antes de tudo, um fato material, não jurídico, a tanto que nas ações possessórias verifica-se quem tem a posse (*jus possessionis*) não o direito a ela (*jus possidendi*). Assim, em geral, nelas não se discute propriedade, mas apenas a existência do poder de fato sobre a coisa. Porém, consoante entendimento jurisprudencial pacificado até a edição do atual Código Civil, havia uma exceção, permitindo a invocação de propriedade em ações possessórias: a) se a posse fosse duvidosa, ou seja, se nenhuma das partes conseguisse provar satisfatoriamente sua posse, no sentido da evidência de que o possuidor não é dono da coisa; e b) se ambos litigassem com base no domínio (propriedade), ou seja, que a posse estivesse sendo disputada a este título. Neste caso, aplicar-se-ia então o disposto no art. 505² do Código Civil de 1916 – a exceção de domínio (*exceptio proprietatis*).

Destarte, a *exceptio proprietatis*, adotada pelo Código Civil de 1916 e largamente reconhecida e aplicada pelos tribunais na forma supra-expli-

2 “Art. 505. Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio”.

citada, em seu art. 505, surgiu como meio de adequar a pureza das ações possessórias à possibilidade de resguardo aos litigantes que dispunham de título de propriedade, a tanto que a matéria chegou a ser objeto da Súmula 487 do STF: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”.

A seu turno, o Código Civil de 2002, na tentativa de ratificar a pureza das ações possessórias e impedir a invocação de propriedade em tais ações, suprimiu a segunda parte do art. 505 do Código Civil de 1916 e expressamente não recepcionou o instituto jurídico da exceção de propriedade (*exceptio proprietatis*) nos interditos possessórios, consoante redação do art. 1.210, § 2º³, do CC.

Uma primeira análise sobre a modificação legislativa pode suscitar a questão da aparente incongruência de que um direito considerado maior – a propriedade – ceda diante de um menor – a posse. Além disso, para os que aceitam a teoria de Ihering, a extirpação da exceção de propriedade é incompatível com o conceito objetivo de posse, segundo o qual a proteção possessória é justificada como uma posição defensiva do proprietário, ou seja, para a finalidade de facilitar a proteção da propriedade.

A proteção possessória, desde o Direito Romano, distingue os juízos possessórios – referentes somente à posse – e os juízos petitórios – referentes à questão de propriedade –, permitindo que uma pessoa munida de título de propriedade seja perdedora em ação possessória. Esse fato, até mesmo, gera imensos conflitos quanto ao instituto da coisa julgada nas ações possessórias e petitórias, deixando as partes à mercê de decisões judiciais conflitantes relativas ao mesmo imóvel e à mesma questão de fundo.

Orlando Gomes (2004, p. 102) explica que:

[...] à primeira vista, tal princípio parece injusto, e mesmo paradoxal, porque ou admite que o fato prevaleça sobre o direito, ou faz com que direito maior ceda diante do menor. Justifica-se, no entanto, em face da finalidade das ações possessórias, que, por sua natureza, não comportam discussão sobre o domínio. Protege-se pura e simplesmente a posse, embora, muitas vezes, se sacrifique a realidade pela aparência. Mas nem por isso o dono da coisa está impedido de defender a sua propriedade contra quem possui a coisa indevidamente. O que se diz é que o meio

3 “Art. 1.210, § 2º . Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa”.

processual é impróprio, pois a ação possessória se destina a dirimir litígios relativos à posse, não à propriedade. Para a garantia do seu direito, o proprietário dispõe da ação de reivindicação, a ser exercida precisamente contra o possuidor que detém injustamente o bem. É uma ação petitória, que não se confunde com as ações possessórias, consoante entendimento pacificamente admitido desde os romanos.

E continua, mais adiante:

Nos termos da lei processual, é defeso intentar o reconhecimento do domínio na pendência do processo petitório, mas se entendendo que a posse deve ser deferida a quem evidentemente tiver o domínio se com base neste for disputada. Sustenta-se, também, que, por economia processual, se deveria permitir o conhecimento, na possessória, de matéria petitória, evitando-se a propositura de duas ações. Seria, porém, instaurar a confusão em toda ação possessória, reunindo ações de finalidade diversa. A proibição de cumulação do juízo possessório e petitório é de ordem pública e verificável *ex officio* pelo juiz (GOMES, 2004, 102).

Dito isso, necessário esclarecer que o presente estudo não visa tecer considerações sobre as divergências doutrinárias e/ou jurisprudenciais sobre questões dogmáticas e de mera processualística, mas sim redefinir o papel do magistrado, na condição de político do Direito, quando em confronto com tais situações.

A posse não é inferior à propriedade, nem esta, diante da extinção da exceção de propriedade, passou a ser mais importante que aquela. O ponto central de tal discussão perpassa por questão muito mais importante, qual seja, a exigibilidade de existência de função social em ambos os institutos. E nesse sentido, a Política Jurídica, ao trabalhar com critérios racionais e objetivos para o arbitramento valorativo da norma, é importante ferramenta aos aplicadores do Direito. Tanto a posse como a propriedade devem auxiliar para que a sociedade, como um todo, seja beneficiada por aquele direito de posse ou por aquele direito de propriedade. Este reconhecimento harmonizará a teoria objetiva de Ihering com a pureza dos interditos possessórios, pois o que bastará ao magistrado é que uma das partes comprove estar exercendo, mais legitimamente que a outra, a função social da posse ou da propriedade por si invocada na ação possessória.

Tal questão será, à frente, examinada mais a fundo.

4 O PAPEL DO POLÍTICO DO DIREITO NO CONTEXTO DOS INTERDITOS POSSESSÓRIOS

4.1 Anotações sobre os fundamentos da Política Jurídica e seu papel harmonizador na criação da norma jurídica concreta

A função do Direito transcende uma simples compatibilização entre conflitos aparentes e normas de conteúdo substantivo ou processual, visando uma nova postura teórica e humanista do jurista no alcance de normas socialmente desejadas, no sentido de justas, úteis e eficazes.

O direito positivo não pode ser fechado às conquistas sociais e ao projeto de solidariedade fulcrado na realização da cidadania. Dessa forma, incumbe à Política do Direito uma visão não dogmática, mas comprometida com a transformação da sociedade e dos seus interesses, os quais podem ser racionalizados pelo legislador e pelo Juiz. Essa racionalização intenta a busca da validade material da norma, ou seja, compatibilizar o socialmente desejado e necessário ao homem, e não apenas a sua validade formal, mediante obediência às normas processuais para sua vigência.

Ferreira de Melo (1994), em sua obra “Fundamentos da Política Jurídica”, ressalta que a Política do Direito deve estar comprometida com o Justo, Ético, Legítimo e Necessário. O mesmo autor cita, em sua obra, que os autores que dedicaram atenção e importância à Política Jurídica foram reducionistas em suas concepções.

Por não ser o objeto específico deste trabalho, deixa-se de apresentar as diversas conceituações sobre a categoria em foco, apenas acrescentando-se que os referenciais teóricos da Política Jurídica, segundo o autor em tela, abrangem questões de natureza ideológica e epistemológica. Nesta segunda função, ressalta-se da obra em questão a necessidade de crítica ao direito vigente, cujos princípios e normas devem ser cotejados à luz de critérios racionais de Justiça, Utilidade e Legitimidade, pela busca em fontes formais e informais de representações jurídicas do imaginário social que se legitimem na Ética, princípios de Liberdade e Igualdade, e na Estética da convivência humana. Necessária, assim, a vinculação da Ética à Política, compatibilizando-se o que é moralmente correto ao que é socialmente útil,

para o fim de construir novos paradigmas democráticos e de fazer atuar o Direito como instrumento de transformação social.

Ferreira de Melo (1994, p. 99) explica que:

muitos juristas temem que a abertura jurídica a um trabalho interdisciplinar e a uma aproximação maior a um paradigma axiológico, seja o caminho da autodestruição do Direito. Ledo engano. O direito, se não for entendido simultaneamente como fato, valor e norma, visão tridimensional exposta lucidamente por Miguel Reale, não permitirá jamais a necessária aproximação entre a regulação social e a regulação jurídica ou seja entre o mundo das práticas sociais e o da positivação.

E continua:

[...] Nem todas as práticas sociais são necessariamente boas, ou seja, melhor adequadas para a solução justa dos conflitos que as proposições do senso teórico do jurista. No entanto elas têm, em regra, mais condições de ganhar eficácia pela chamada legitimidade da fonte. Da mesma forma não será, pelo fato de residir no social, que o costume possa ser invocado inconseqüentemente, para dirimir questões originadas na complexidade da vida contemporânea [...] (MELO, 1994, p. 99).

Diz-se da Política Jurídica a “disciplina que tem como objeto o Direito que *deve ser e como deve ser*, em oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente”, ou “o conjunto de estratégias que visam à produção de conteúdo da norma, e de sua adequação aos valores Justiça (V) e Utilidade Social (V)” (MELO, 2000, p. 77).

Os limites do presente estudo impedem, naturalmente, digressões aprofundadas sobre a Hermenêutica. A construção da norma jurídica concreta, ou seja, a criação judicial do direito dá-se pela interpretação e aplicação da lei por uma fonte legitimada, que atualmente não mais se circunscreve apenas na lei, doutrina, costume, jurisprudência e analogia. Os desafios atuais são mais complexos e tormentosos para o político do direito, exigindo-lhe uma postura mais criativa que consiga angariar maior consenso social possível, aí não se justificando, por outro lado, uma idéia de justiça livre, não criteriosamente selecionada.

As necessidades sociais são a fonte da Política Jurídica, de modo a aproximar-se da capacidade de responder às crenças sociais e legitimar a asseguuração de valores fulcrados na sociedade. A norma passa a ser eficaz e

válida não somente porque é vigente, mas porque conforma a legitimidade de seu conteúdo e seus fins aos sentimentos de justiça e aquiescência social.

Nesse sentido, Ferreira de Melo (1994) discorre sobre a possibilidade de racionalizar critérios de justiça, e dentre eles arbitrar a norma de acordo ou não com uma obrigação moral de agir, harmonizando-a com a moralidade aceita pela comunidade. E denomina este critério de justiça como legitimidade ética, diminuindo o impacto e a diferença entre o direito desejado e o direito posto.

O papel da Política Jurídica não é negar vigência ao direito posto, mas sim harmonizá-lo e examinar a justiça como um valor atribuído à norma pela consciência jurídica da sociedade, de maneira que satisfaça as necessidades legítimas da sociedade.

É neste viés que o papel do político do direito adquire extrema importância diante da proteção ao possuidor que cumpra sua função social, o que será analisado a seguir.

4.2 A função social da posse e a contribuição do político do Direito

Como já mencionado, a discussão processualística da pureza das ações possessórias e da impossibilidade da oposição de título de propriedade em tais ações relega, a segundo plano, o verdadeiro fundamento de tamanha divergência: o reconhecimento da posse como instituto jurídico diminuto e inferior ao da propriedade. E mais: a superioridade do domínio em relação à posse não passa da possibilidade de apresentação de título de registro imobiliário.

Já na Lei das XII Tábuas, de longe, o referencial mais distante do Direito Romano, havia uma preocupação em minimizar o litígio no uso da propriedade e preservar o melhor uso das riquezas, de modo que coibisse a destruição ou o desperdício. No mesmo norte, embora o *dominium*, ou seja, a propriedade individual, para o qual converge o antigo *mancipium*, conferisse o caráter absoluto da propriedade da família romana e revelasse um *plus* à importância da questão patrimonial, ao mesmo tempo dava exemplos de direcionamento a uma nova tendência econômica e social das coisas, observando-se a clara submissão do exercício da propriedade ao interesse social, conforme Pezzella (1998).

A propriedade privada urbana, à luz das Constituições Brasileiras, teve seu conceito interferido por valores diversos (políticos, ideológicos, jurídicos etc.). Segundo Costa (2003), a primeira fase da história constitucional brasileira abrange o período imperial, da proclamação da Independência ao advento da República, ao passo que a segunda fase perdurou durante a Primeira República, implantando-se, formalmente, as instituições liberais, alicerçadas na concepção individualista da propriedade. No terceiro período do Constitucionalismo Brasileiro, a partir da Carta de 1934 até 1967/69, surgiu um rol de princípios enfatizantes do aspecto social dos direitos fundamentais. A quarta fase deu-se a partir da Constituição de 1988 e segue até os dias atuais, quando ocorreu o processo de redemocratização do país, ampliando-se, significativamente, o rol de direitos fundamentais, dentre eles, a propriedade privada (art. 5º, XXII), vinculando-a, porém, ao cumprimento de sua função social (art. 5º, XXIII). Ou seja, o direito de propriedade fica vinculado ao desenvolvimento social, mediante regras de interesse público, e não mais, doravante, meramente de interesse privado.

Como se vê, a dogmática principiológica impõe a concretização da aplicação social implícita nas normas constitucionais da Carta de 1988. Renomados autores, civilistas e constitucionalistas, entendem a adoção do princípio constitucional da função social da propriedade, no atual Código Civil, como uma reação da ordem jurídica contra os desperdícios da utilização do bem por parte dos respectivos proprietários.

Necessário ressaltar, porém, que todos os doutrinadores reconhecem a necessidade de garantir a propriedade privada, sem risco de socialização da propriedade, assegurando, unicamente, a consciência social do homem e o sentimento de solidariedade política, econômica e social.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º e art. 182, § 4º, dispõe que a propriedade somente merece proteção se cumprir com sua função social; e, paralelamente, o art. 1.228, § 1º, do atual Código Civil, apresenta a preocupação com a função social da propriedade, aparentemente procurando nos juristas a obediência ao caráter social do direito de propriedade como princípio de ordem pública, impondo seja ele exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais.

- 4 “Art. 1.228, § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Dessa forma, questão de relevo, atualmente, é saber se há ou não uma mudança no conceito tradicional de propriedade, diante da passagem dos sistemas liberais, sociais e os ciclos constitucionais brasileiros, principalmente diante da consolidação, na atual Constituição Federal Brasileira, do princípio da atividade econômica, de nítido conteúdo programático, segundo o qual a propriedade deverá exercer sua função social, mediante linhas diretoras para a ação pública, cuja previsão primeira remonta à Carta Magna de 1934 (TEPEDINO, 2000). Barroso (2003) explica que tal preceito conduz a um conteúdo de inconstitucionalidade relativamente aos atos com ele incompatíveis, gerando direito ao administrado de opor-se judicialmente ao cumprimento de regras contrárias a este preceptivo. A seu turno, Mello Motta (1997) acrescenta que a subordinação da propriedade a fins outros que não o mero domínio voluntarístico do proprietário marcou um rompimento com seu princípio individualista, surgindo o conceito de propriedade como função social e a necessidade de o sistema jurídico, por meio de seus aplicadores e estudiosos, resolver as tensões daí decorrentes.

Por outro lado, se a posse é o exercício de uma situação de fato sobre alguma coisa que cumpre a sua finalidade econômica em relação ao seu possuidor e, por isso, é protegida pelo Direito, pode-se definir que a posse também deve ter função social.

Destarte, impõe-se redelimitar o papel e a importância da posse como instrumento de pacificação social.

Ana Rita Vieira Albuquerque (2002) adverte que a concepção de uma teoria social da posse remonta a Perozzi que, em 1096, publicava a primeira edição de sua obra “Instituição de Direito Romano”, na qual considerava a posse como relação de fato, e não de direito, que dependia do costume social de absterem-se todos do uso de uma coisa aparentemente não livre, em respeito à paz social. Diversas outras obras de relevo daí se seguiram, sendo interessante anotar, neste diapasão, as teorias do fato socioeconômico potestativo (no qual a posse ultrapassa a idéia de coisa puramente material, esta não dissociada do fato social), e da teoria portuguesa da posse útil (inserida na Constituição Portuguesa de 1976, na qual há um direito de gozo que, não necessariamente, se equipara à posse em sentido técnico).

Assim, embora não comum esta lembrança no meio forense, pode-se afirmar, sem dúvida, que ao lado do princípio da função social da propriedade encontra-se o princípio da função social da posse. Ora, se ao proprietário incumbe exercer seus poderes em respeito ao aspecto social do domínio,

ao possuidor também releva representar o conteúdo social de sua vontade, e não meramente uma vontade vazia de possuir. A posse, ainda que potencialmente seja a exteriorização do domínio, não deixa de caracterizar um instituto autônomo e próprio, que pode e deve ser reconhecido com valor de igual peso, mesmo que em detrimento da relação proprietária.

Ademais, relegar-se a posse, como usualmente feito pelo Código Civil de 1916, em instituto inferior à propriedade, é algo que não mais persiste após a Constituição de 1988 e a ratificação do princípio da função social deste instituto no atual Digesto Civil. A concretização, paralelamente, da função social da posse exigirá a ponderação de bens entre os diferentes princípios jurídicos. Chega-se, aqui, à possibilidade real de colisão entre os princípios da função social da propriedade e o da função social da posse, o que, naturalmente, seria alvo para outro estudo, sem nenhuma comparação de profundidade com a singeleza destes breves apontamentos.

Necessário, porém, nesse tocante, fazer um parêntesis. Destarte, a par da almejada pureza dos interditos possessórios, destinados a proteger a posse em si mesma, e diante da imensa divergência de decisões judiciais no que se refere ao manejo de ações possessórias por parte daqueles que detêm título de domínio, indispensável analisar o alcance da defesa da propriedade em tais demandas. O fundamento da proteção possessória como instrumento da paz social, privilegiado na teoria subjetiva de Savigny, veio a ser coadunado com a inserção, no novel Código Civil de 2002, em seu art. 1.228, da previsão do princípio da função social da propriedade em nível ordinário, induzindo à retomada da indagação sobre o real conceito de “possuidor” para fins de ações possessórias e estabelecendo uma posse identicamente dotada de função social, elevando o conceito de dignidade da pessoa humana a um plano substancial, e também dotando a posse de uma vontade do possuidor, não mais uma “vontade vazia”, consoante explica Albuquerque (2002). Relativiza-se, com isso, a posse como relação material do homem com a coisa, passando a ser priorizada para o *animus* (vontade) individual e coletivo (ARONNE, 2001).

Dito isso, acrescente-se que o atual Código Civil, na esteira da inclusão do referido princípio em nível infraconstitucional, também em seu art. 1.210, § 2º, extirpou a previsão legal, outrora ocorrente no art. 505 do Código Civil de 1916, da exceção de propriedade (*exceptio proprietatis*), no sentido de que a posse deveria ser deferida a quem evidentemente tivesse o domínio se com base neste fosse disputada, estabelecendo a absoluta separação entre juízos possessório e petitório. A despeito disso, permanece em vigor a

Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal, mantenedora da dicotomia entre juízo possessório e petitório, fazendo surgir, nas ações possessórias, um espaço vago, ambíguo e ainda mais tormentoso aos juristas.

Assim, nas ações possessórias, nas hipóteses em que ambas as partes disputam a título de domínio ou quando a posse for duvidosa, resta saber, a partir do princípio da função social da posse e da propriedade e seus eventuais confrontos, qual o papel a ser assumido pelo aplicador do Direito, e se, num conflito entre posse e propriedade no âmbito possessório, pode decorrer a prevalência desta última quando não vislumbrada a função social daquela. Em síntese, estamos em tempo onde não mais somente a propriedade deve cumprir função social.

Assente está, hodiernamente, o que já vinha sendo introduzido, *verbi gratia*, desde o Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 30-11-64) e, mais atualmente, por meio da Lei n. 10.257, de 10-7-01 – Estatuto da Cidade, que tanto a posse como a propriedade necessitam cumprir seu papel social, princípios estes erigidos à condição de exigência para a vida em sociedade, centrada cada vez mais no globalismo, priorização necessária dos direitos difusos e concretização da verdadeira cidadania (FACHIN, 1998). Tais diplomas legais, supracitados, estabelecem normas de ordem pública e elevado interesse social que regulam e simplificam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo e ambiental. Isso soma-se, entretanto, à necessidade premente de uma (re)organização do papel do jurista.

Várias hipóteses, assim, podem ocorrer em ações possessórias: a) proprietário *versus* possuidor, na qual aquele comprova estar exercendo o domínio com base na função social da propriedade, donde exsurge a procedência da demanda; b) proprietário *versus* possuidor, na qual apenas este comprova estar exercendo a posse com base na função social desta, o que acarreta a improcedência do pleito possessório; c) possuidor *versus* possuidor, na qual necessário aferir qual deles exerce, efetivamente, a posse com respeito ao seu caráter social. Será considerada a “melhor posse” aquela que atender a função social do instituto, e não aquela fundada, necessariamente, em justo título, tal como pode ocorrer, por exemplo, no caso de um deles possuir uma escritura de direitos possessórios.

Como se pode perceber, deverá o magistrado considerar a atualidade da posse, a necessidade e o aproveitamento do bem. A melhor posse será, por exemplo, aquela que atender à moradia do possuidor e sua família, com o maior e melhor aproveitamento da terra.

Nos itens a e b, verifica-se, evidentemente, uma colisão entre os princípios da função social da posse e o da função social da propriedade. Impende afirmar, neste tocante, que ambos os princípios possuem igual peso, devendo o caso ser solucionado com base em outro princípio: o da proporcionalidade dos bens, exigindo ponderação de bens e valores por parte do Juiz.

Veja-se: o que se pretende aqui é o reconhecimento de idêntico peso entre os institutos da posse e da propriedade, não sendo este o lugar para uma prematura e inconseqüente afirmação de que os princípios da função social da posse e função social da propriedade possuem hierarquias idênticas ou diversas, pois não é esse o objeto do presente estudo. Em caso de colidência dos citados princípios, por aferir o julgador que tanto o autor como o réu da ação possessória, por exemplo, possam não ocupar inteiramente o imóvel com seu melhor aproveitamento, ou que ambos sejam compossessores de fato da área (sendo um deles proprietário), a resolução da questão certamente se tornará mais complexa, exigindo do Juiz a ponderação de bens e a análise de cada caso concreto, sendo impossível prever o direcionamento do problema.

Em havendo, para um futuro não distante, um fortalecimento da aplicação e reconhecimento, de *per si*, do princípio da função social da posse, independentemente da propriedade, poderá ocorrer uma gradativa perda de força do instituto da usucapião, atualmente manejada apenas para alçar um direito, ainda hoje considerado superior – o da propriedade.

Inúmeras possibilidades reais de regularização da posse, e não tão-somente da propriedade, estão hoje à disposição do político do Direito, seja ele membro de quaisquer dos três Poderes da República, tais como o direito de superfície, este aliás já inserido no Código Civil, em seu art. 1.225, II, como direito real; concessão de direito real de uso, zonas especiais de interesse social, concessão de uso para fins de moradia, etc, todos criados pelo Estatuto da Cidade, e que nesse sentido reforçam a necessidade de a posse ser alçada a direito tão importante quanto a propriedade, desde que cumpram sua função social. Ou seja, o reconhecimento da posse, autônoma e independente da propriedade, é possível por meio de institutos jurídicos já existentes mas pouco utilizados pelas autoridades do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, sem olvidar a importante ação que pode ser feita pelo Ministério Público.

Embora este tema possa ser considerado ofensivo e perigoso para muitos, uma breve análise dos mais diversos tribunais estaduais brasileiros dá

conta de que a realidade social do Brasil já vem sobrelevando a importância da posse, onde diversos julgadores, embora não admitam expressamente, protegem a posse não menos por sua função social, caracterizando-se-a como verdadeiro direito subjetivo.

O mais importante, dessa forma, é aceitar que a função social da propriedade e da posse, erigida em nível constitucional e infraconstitucional, ratifica e corrobora a intenção legislativa de coexistência harmônica e pacífica dos institutos da posse e da propriedade. Ou seja, a posse também deve exercer sua função social, e o princípio deve igualmente ser adotado nas ações possessórias puras.

Com isso, o magistrado deve estar atento para o fato de que não basta mais ao proprietário possuir registro imobiliário, e tampouco bastará ao possuidor, em ação possessória, invocar a impossibilidade de discussão de domínio nas ações possessórias. O que importa, doravante, é o reconhecimento de que a propriedade, e também a posse, necessitam cumprir com seu papel social. Não há, diante disso, hierarquia entre posse e propriedade; o que fica para segundo plano é a discussão sobre se a propriedade pode ou não ser discutida nas ações possessórias, deixando-se ainda para uma outra discussão a relativização, daí decorrente, da coisa julgada entre juízo possessório e petitório. Ora, a posse, como a propriedade, podem estar exercendo sua função social hoje e, mais à frente, podem não mais estar cumprindo com tal mister. A coisa julgada, assim, ficaria circunscrita ao âmbito formal do processo então em foco e, no seu âmbito material, ficaria delimitada sob idêntica causa de pedir: o exercício da função social de um ou outro instituto, seja juízo possessório ou petitório.

Melo (1998, p. 46) adverte que:

tudo está a nos indicar que precisamos aperfeiçoar constantemente o nosso direito, especialmente o processual, que deve ser o que sempre deveria ter sido: o grande instrumento da realização da justiça. Quando conseguirmos essa correção de rumos, estarão superadas as causas principais dos abismos que se situam entre as legítimas reivindicações da sociedade e direitos individuais de um lado, e a prepotência da vontade do legislador (imbricada esta com os fins políticos do Estado ou mesmo de grupos e classes) e o poder majestático dos Tribunais, de outro lado.

Se a doutrina objetiva de Ihering esclarece que é considerado possuidor quem tem um poder de fato sobre uma coisa que, por sua vez, cumpre a sua finalidade econômica em relação ao seu possuidor, fica claro que o

possuidor merecerá a proteção possessória quando demonstrar que esteja fazendo dela uma ocupação conforme o bem comum, com a finalidade ambiental e social de pacificação da comunidade. Não basta ao possuidor, para a garantia de reconhecimento de legitimidade de sua posse, a prática esbulhativa não amparada com uma preocupação de interesse e harmonia social; não lhe socorre, também, as práticas violentas e atentatórias contra a paz da vizinhança.

A proteção possessória existe para afastar o elemento de insegurança e desassossego social. De outro lado, não basta ao proprietário, para a garantia de reconhecimento de legitimidade de seu título de domínio, a apresentação do documento, despidido da utilização econômica e destinação social do imóvel. O que importa doravante, repita-se, é a prova de que possuidor ou proprietário utilizem o imóvel com base no seu melhor aproveitamento, seja na proteção ambiental ou utilização econômica que gere não somente lucro ao proprietário, mas garantia de empregos, competitividade de preços em eventual exploração de seus recursos naturais, enfim, no maior benefício possível para a comunidade envolvida.

Volnei Ivo Carlin (2005, p. 78) lembra que:

o juiz vive, cotidianamente, o conflito entre o direito e a equidade, optando entre o justo ou o legal, na busca da sua melhor ética processual. [...] Deve o Juiz, em tais casos, privilegiar a segurança jurídica, em respeito aos textos e códigos, ou abrir novos caminhos e exercer o seu poder criador? E qual seria a fronteira desta evolução? Como decidir? Onde se coloca a questão ética? [...] São interrogações demonstradoras das dificuldades enfrentadas pela profissão e que exigem conhecimentos teóricos e práticos, e múltiplos domínios.

São essas, em suma, algumas considerações sobre a dicotomia entre posse e propriedade, e algumas alternativas para o magistrado, diante de seu poder criador, fazer firmar a segurança jurídica pela imposição da função social de ambos os institutos, incursionando, daí, um aperfeiçoamento do valor Justiça com adesão paulatina, mas firme, da sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade do breve estudo foi identificar qual o melhor caminho a ser seguido pelos aplicadores do Direito relativamente à discussão entre posse e propriedade em ações possessórias, e a interferência e o cotejamento ne-

cessários aos princípios da função social da posse e da propriedade, ainda que extirpada a exceção de domínio do atual Código Civil.

Arraigados à concepção liberal/individualista do Código Napoleônico, a jurisprudência vem caminhando discrepantemente na análise da exceção de domínio nos interditos possessórios, uns reconhecendo a separação absoluta entre os juízos possessório e petitório, e outros, timidamente, admitindo não haver a possibilidade de estabelecer regra ou princípio na análise dos temas, diante da necessidade de estabelecer-se, caso a caso, a função social não somente da propriedade, mas também da posse.

Somados a esses fatos, gize-se, os julgados desta jaez dirigem-se ao sabor dos ventos pela falta de conhecimento profundo sobre as teorias objetiva (Ihering) e subjetiva (Savigny) sobre a posse, além do frágil conceito de possuidor estabelecido pelo Código Civil que, apesar de adotar a primeira teoria, contém inúmeros indícios de mesclagem com esta última.

O papel do político do Direito, assim, é resgatar o valor justiça para a justificação da norma, fazendo equiparar a hierarquia entre os institutos posse e propriedade, relegando-se aquele que não cumprir com sua função social, independentemente de apresentação de justo título. É necessário correlacionar os princípios da função social da propriedade e da posse com as alterações legislativas do atual Código Civil, tudo com vistas a conceber, definitivamente, uma solução concreta, e não meramente aparente, ao conflito posto em juízo.

É desafio do juiz identificar o alcance da aplicação dos princípios da função social da posse e da propriedade nas ações possessórias, confrontando em igual peso ambos os institutos e criar uma nova possibilidade de um direito redirecionado às práticas solidárias de convivência humana e não tão alheia à realidade social.

A ação concreta ante esse desafio será, sem dúvida, uma inquestionável contribuição para os estudiosos do Direito, mas sobretudo, e principalmente, aos jurisdicionados, que clamam e aguardam por uma Justiça mais eficaz, célere e comprometida com aspectos e anseios sociais.

6 BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1-2.

ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BATISTA, Antenor. *Posse, possessória, usucapião e ação rescisória: manual teórico e prática – atualizado de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Juarez Oliveira, 2004.

CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica*. 3. ed., Florianópolis: OAB Editora, 2005.

COSTA, Cássia Celina P. Moreira da. *A constitucionalização do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KARPAT, Ladislau. *Tutela antecipada na defesa da posse e da propriedade imóvel*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MATTOS, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB Editora, 2000.

_____. *Fundamentos de política jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

MOTTA, Maria Clara Mello. *Conceito constitucional de propriedade: tradição ou mudança?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. *Posse e ações possessórias (frente ao novo Código Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 8. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

PEZZELLA, M. C. Cereser. *Propriedade privada no direito Romano*. Porto Alegre: Safe, 1998.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. São Paulo: Edipro, 2002.